



Strafbarkeit des Umgangs mit Kinderpornografie

Gemäss der aufgrund der Lanzarote-Konvention revidierten Bestimmung von Art. 197 StGB

WOLFGANG WOHLERS*

Nach der zur Umsetzung der Lanzarote-Konvention erfolgten Reform der Pornografie-Strafnorm statuiert das schweizerische Strafrecht ein umfassendes Verbot jeglichen Umgangs mit harter Pornografie unter Einschluss des besitzlosen Konsums. Im Hinblick auf die Variante der sog. Kinderpornografie differenziert das geltende Recht in den Art. 197 Abs. 4 und 5 StGB zum einen zwischen Verhaltensweisen auf der Anbieter- und auf der Konsumentenseite und zum anderen danach, ob sich das in Frage stehende Verhalten auf Darstellungen nicht tatsächlicher Handlungen mit Minderjährigen bezieht oder auf Darstellungen tatsächlicher Handlungen mit Minderjährigen. Der Beitrag geht der im Hinblick auf den zur Anwendung kommenden Strafraum relevanten Frage der Zuordnung von Zweifelsfällen nach und propagiert einen am geschützten Rechtsgut orientierten Lösungsansatz.

Suite à la révision de l'article relatif à la pornographie aux fins de la mise en œuvre de la Convention de Lanzarote, le droit pénal suisse statue une interdiction complète de tout acte en lien avec la pornographie dure, y compris la consommation sans possession. S'agissant de la pornographie dite enfantine, le droit en vigueur fait une distinction, à l'art. 197 al. 4 et 5 CP, entre les comportements des fournisseurs et des consommateurs, d'une part, et selon que le comportement en question se rapporte à des représentations d'actes d'ordre sexuel effectifs ou non effectifs avec des mineurs, d'autre part. Dans l'optique du futur cadre applicable de la peine, l'auteur examine la question pertinente de la classification des cas ambigus et promeut des pistes de solutions axées sur le bien juridiquement protégé.

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Die Struktur des revidierten Art. 197 StGB
- III. Der Rekrutierungstatbestand (Art. 197 Abs. 3 StGB)
- IV. Die Neuregelung des Umgangs mit Kinderpornografie (Art. 197 Abs. 4 und 5 StGB)
 - A. Kinderpornografie
 - B. Das Verbot jeglichen Umgangs mit kinderpornografischem Material
 - C. Die Differenzierung zwischen «tatsächlichen» und «nicht tatsächlichen» Handlungen mit Minderjährigen
 1. Die für die Zuordnung problematischen Fallgestaltungen
 2. Die Auslegung der Begriffe der Darstellung tatsächlicher und nicht tatsächlicher sexueller Handlungen mit Minderjährigen
 3. Die Zuordnung der Zweifelsfälle
- V. Fazit

I. Einleitung

Die Lanzarote-Konvention, die das Ziel hat, den Schutz von Kindern vor sexueller Ausbeutung und sexuellem Missbrauch zu verbessern, ist von der Schweiz am

16. Juni 2010 unterzeichnet worden. Das schweizerische Sexualstrafrecht war schon in seiner älteren Fassung weitgehend mit den Vorgaben der Konvention kompatibel. Änderungen waren aber im Hinblick auf die Pornografie-Strafnorm des Art. 197 StGB erforderlich. Die auf den 1. Juli 2014 in Kraft getretene Neufassung wirft Anwendungs- und Auslegungsprobleme auf, die nachfolgend analysiert und einer Lösung zugeführt werden sollen. Zu diesem Zweck wird zunächst ein Überblick über die Struktur der Pornografie-Strafnorm in ihrer aktuellen Fassung gegeben (nachfolgend II.). Sodann wird auf den in Abs. 3 des Art. 197 kodifizierten neuen Rekrutierungstatbestand eingegangen (vgl. unten III.), bevor die Neuregelung der Strafbarkeit des Umgangs mit «Kinderpornografie» behandelt wird (vgl. unten IV.).

II. Die Struktur des revidierten Art. 197 StGB

Während im alten Recht zwei Stufen von Pornografie zu unterscheiden waren, die sog. weiche und die harte Pornografie, sind es im neuen Recht nun drei Stufen. Zunächst einmal gibt es auch weiterhin die Form von Pornografie, die gemeinhin als weiche Pornografie bezeichnet wird.¹

* WOLFGANG WOHLERS, Prof. Dr. iur., Universität Basel. Der Autor ist Professor für Strafrecht an der Juristischen Fakultät der Universität Basel. Der Text basiert auf dem Referat, dass der Verfasser am 29. Oktober 2019 auf der in Zürich von der SJWZ durchgeführten Tagung «StrafR! Sexualstrafrecht» unter dem Titel «Änderungen und Auslegungsprobleme der aufgrund der Lanzarote-Konvention revidierten Bestimmung von Art. 197 StGB» gehalten hat. Der Vortragsstil wurde weitgehend beibehalten. Für die Unterstützung bei der Erstellung des Fussnotenapparates bedankt sich der Verfasser bei seinen Assistentinnen Elif Haskaya und Rahel Spinnler.

¹ Zur «weichen» Pornografie vgl. BSK StGB-ISENRRING/KESSLER, Art. 197 N 18, in: Marcel A. Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), StGB, Basler Kommentar, 4. A., Basel 2019 (zit. BSK StGB-Verfasser).

Hier ist im Vergleich mit der alten Fassung der Norm alles beim Alten geblieben: Strafbar ist zum einen derjenige, der pornografische Schriften, Darstellungen und Gegenstände Personen unter 16 Jahren² zugänglich macht oder durch Radio oder Fernsehen verbreitet. Der weiterhin in Abs. 1 kodifizierte Jugendschutztatbestand³ wird in Abs. 2 durch den ebenfalls bereits aus dem alten Recht bekannten Tatbestand ergänzt, mit dem Personen über 16 Jahren vor der ungewollten Konfrontation mit pornografischem Material geschützt werden sollen.⁴

Die zweite Stufe bildet der Straftatbestand des Umgangs mit «harter Pornografie»⁵, bei der neu die Variante der sog. Exkrementenpornografie nicht mehr erfasst wird⁶ – diese kann damit jetzt nur noch über die Strafnorm der «weichen Pornografie», also über die Absätze 1 und 2, erfasst werden. Als harte Pornografie gelten weiterhin die bereits aus dem alten Recht bekannten Varianten der

«Tierpornografie»⁷ und der «Gewaltpornografie»⁸ sowie der «Kinderpornografie», bei der nun aber in Umsetzung einer Vorgabe der Lanzarote-Konvention auch Darbietungen und Darstellungen erfasst werden, bei denen die Darsteller älter als 16, aber jünger als 18 Jahre sind.⁹

Unterschieden wird im geltenden Recht nunmehr zwischen Darstellungen «nicht tatsächlicher sexueller Handlungen» einerseits und Darstellungen «tatsächlicher sexueller Handlungen» andererseits. Dass beide Varianten als Kinderpornografie erfasst werden, ist nicht neu; schon nach altem Recht wurden beide Varianten erfasst.¹⁰ Neu ist, dass im Strafraum in mehrfacher Hinsicht differenziert wird: Darstellungen «nicht tatsächlicher sexueller Handlungen» mit Minderjährigen werden in Abs. 4 Satz 1 als einfach-harte Kinderpornografie mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren bedroht, soweit es um Verhaltensweisen auf der Anbieterseite geht. Handelt es sich dagegen um Darstellungen «tatsächlicher sexueller Handlungen» kommt nach Abs. 4 Satz 2 eine eigenständige Stufe der qualifiziert-harten (Kinder-)Pornografie zur Anwendung, wobei das Strafmaximum hier fünf Jahre beträgt. Auf der Konsumentenseite gibt es eine entsprechende Abstufung: Soweit es um Darstellungen «nicht tatsächlicher sexueller Handlungen» geht, beträgt die Höchststrafe nach Abs. 5 Satz 1 ein Jahr und bei Darstellungen «tatsächlicher sexueller Handlungen» drei Jahre.

Neben diesem nicht gerade übersichtlich strukturierten eigentlichen Pornografietatbestand tritt dann noch der neu in Abs. 3 des Art. 197 StGB kodifizierte Rekrutie-

² Zum geltenden Recht siehe ANDREAS DONATSCH, *Strafrecht III*, 11. A., Zürich/Basel/Genf 2018; MARK PIETH, *Strafrecht Besonderer Teil*, 2. A., Basel 2018, 95. An dieser Altersgrenze hat der Gesetzgeber bewusst festgehalten, vgl. Botschaft vom 4. Juli 2012 zur Genehmigung des Übereinkommens des Europarats zum Schutz von Kindern vor sexueller Ausbeutung und sexuellem Missbrauch (Lanzarote-Konvention) sowie zu seiner Umsetzung (Änderung des Strafgesetzbuchs), BBl 2012 7571 ff., 7617 f.; zum alten Recht ausführlich siehe MARCO BUNDI, *Der Straftatbestand der Pornografie in der Schweiz mit rechtsvergleichendem Blick auf Deutschland und die USA*, Bern 2008, N 180, 231 m.w.H.

³ Zu diesem vgl. BGE 131 IV 64 E. 10.1.2; BSK StGB-ISENRING/KESSLER (FN 1), Art. 197 N 33 ff.; STEPHAN TRECHSEL/CARLO BERTOSSA, in: Stephan Trechsel/Mark Pieth (Hrsg.), *Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar*, 3. A., Zürich/St. Gallen 2018, Art. 197 N 2 (zit. Verfasser, PK-StGB) mit zusätzlichen Ausführungen zum alten Recht. Zur alten Fassung URSULA CASSANI, *Les représentations illicites du sexe et de la violence*, ZStrR 1993, 428 ff., 433 f.

⁴ Zu diesem vgl. BGE 128 IV 260 E. 2.1, in: Pra 2003, Nr. 59, E. 2.1; BSK StGB-ISENRING/KESSLER (FN 1), Art. 197 N 40 ff.; MICHEL DUPUIS/LAURENT MOREILLON/CHRISTOPHE PIGUET/SÉVERINE BERGER/MIRIAM MAZOU/VIRGINIE RODIGARI (Hrsg.), *Petit commentaire, Code pénal*, 2. A., Basel 2017, Art. 197 N 2 f.; zur alten Fassung vgl. CASSANI (FN 3), 428, 433 f., 436 f.; TRECHSEL/BERTOSSA, PK-StGB (FN 3), Art. 197 N 2, 9, m.w.H.

⁵ Zu diesem Begriff vgl. BSK StGB-ISENRING/KESSLER (FN 1), Art. 197 N 20 ff., 47 ff.; PIETH (FN 2), 95; DONATSCH (FN 2), 578 ff.; ULRICH WEDER, in: Andreas Donatsch (Hrsg.), *OFK StGB/JStG*, 20. A., Zürich 2018, Art. 197 N 12 ff.; TRECHSEL/BERTOSSA, PK-StGB (FN 3), Art. 197 N 10 ff.

⁶ Botschaft (FN 2), 7619 f. mit Verweis auf die Botschaft vom 10. Mai 2000 über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Strafbare Handlungen gegen die sexuelle Integrität / Verjährung bei Sexualdelikten an Kindern und Verbot des Besitzes harter Pornografie), BBl 2000 2943 ff., 2983; BSK StGB-ISENRING/KESSLER (FN 1), Art. 197 N 25; BUNDI (FN 2), N 137 ff., 254 ff., 299 ff.; WEDER (FN 5), Art. 197 N 1a und 13a; TRECHSEL/BERTOSSA, PK-StGB (FN 3), Art. 197 N 14a.

⁷ Vgl. BSK StGB-ISENRING/KESSLER (FN 1), Art. 197 N 24; PHILIPPE WEISSENBERGER, «Revisionsentwurf zur harten Pornographie: In dubio contra libertate», ZBJV 1999, 159 ff., 166 f.; BUNDI (FN 2), N 245 ff., 295 ff.; TRECHSEL/BERTOSSA, PK-StGB (FN 3), Art. 197 N 12; GEORGES FREY/ESTHER OMLIN, «Genesis» – Pornographie & Internet, Eine Würdigung der neuen Rechtslage gestützt auf die Erfahrungen im Kanton Luzern, AJP 2003, 1378 ff., 1380.

⁸ Vgl. BSK StGB-ISENRING/KESSLER (FN 1), Art. 197 N 26; WEISSENBERGER (FN 7), 167 f.; BUNDI (FN 2), N 259 ff., 298 ff.; TRECHSEL/BERTOSSA, PK-StGB (FN 3), Art. 197 N 14; FREY/OMLIN (FN 7), AJP 2003, 1380 ff.

⁹ Botschaft (FN 2), 7572, 7581 f. und 7617, sowie BGer, 6B_1260/2017, 23.5.2018, E. 2.1; TRECHSEL/BERTOSSA, PK-StGB (FN 3), Art. 197 N 10a.

¹⁰ Vgl. Botschaft (FN 2), 7616 und 7620 f., sowie Botschaft (FN 6), 2983; KASPAR MENG/MATTHIAS SCHWAIBOLD, in: Marcel A. Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), *StGB II, Basler Kommentar*, 2. A., Basel 2007, Art. 197 N 28; krit. BUNDI (FN 2), N 242 ff.; GÜNTER STRATENWERTH/GUIDO JENNY/FELIX BOMMER, *Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen*, Bern 2010, § 10 N 7; ANDREAS DONATSCH, *Strafrecht III, Delikte gegen den Einzelnen*, 10. A., Zürich 2013, 550 f.; WEISSENBERGER (FN 7), 165.

rungstatbestand, über den derjenige mit Geldstrafe oder Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren bedroht wird, der Minderjährige zur Mitwirkung an einer pornografischen Vorführung anwirbt oder sie dazu veranlasst, an einer derartigen Vorführung mitzuwirken.

III. Der Rekrutierungstatbestand (Art. 197 Abs. 3 StGB)

Beim Rekrutierungstatbestand des Abs. 3 handelt es sich um einen «Fremdkörper» innerhalb des Art. 197 StGB.¹¹ Erfasst werden Verhaltensweisen, die im Vorfeld der durch die Art. 187 ff. StGB erfassten Sexualdelikte liegen.¹² Soweit es sich bei den Opfern um Minderjährige handelt, die 16 Jahre oder älter sind, besteht die etwas paradoxe Situation, dass das Anwerben auch dann strafbar ist, wenn die Darbietung oder Darstellung, für die der Minderjährige angeworben wird, strafrechtlich gesehen irrelevant ist. Mit Pornografie hat das alles im Übrigen nur höchst mittelbar zu tun. Als Ziele, die mit dem Rekrutierungstatbestand erreicht werden sollen, werden in der Literatur genannt: der Schutz kindlicher und jugendlicher Darsteller¹³ sowie das Austrocknen des Marktes minderjähriger Darstellerinnen und Darsteller.¹⁴

Taugliche Opfer der Norm sind nicht nur Kinder, sondern Minderjährige, also alle Personen unter 18 Jahren.¹⁵ Es handelt sich um ein Allgemeindelikt: Tauglicher Täter ist jedermann und damit – wie man angesichts der immer wieder einmal vorkommenden Fälle vielleicht betonen muss¹⁶ – unter anderem eben auch Eltern, die ihre Kinder für derartige Darstellungen oder Darbietungen zur Verfügung stellen. Hinzuweisen ist vielleicht auch noch darauf, dass die Einwilligung des Opfers die Strafbarkeit auch dann nicht ausschliesst, wenn es sich um ein 16- oder 17-jähriges Opfer handelt.¹⁷

Strafbar macht sich, wer Minderjährige zur Mitwirkung an einer pornografischen Vorführung anwirbt oder Minderjährige zur Mitwirkung an einer solchen Vorfüh-

rung veranlasst. Die Variante des Anwerbens erfasst das aktive Bemühen um eine Mitwirkung Minderjähriger.¹⁸ In der Praxis wird dies regelmässig unter Einsatz von Zwang oder finanziellen Anreizen geschehen; erforderlich ist dies aber nicht.¹⁹ Ein vollendetes Delikt liegt hier schon dann vor, wenn sich das Opfer zur Mitwirkung bereit erklärt hat; darauf, ob es dann noch zu einer Darstellung oder Darbietung kommt, kommt es nicht an.²⁰

Die zweite Tatvariante des Veranlassens erfasst jede Einwirkung auf den Entscheidungsprozess des Minderjährigen, wobei auch hier die Mittel der Einwirkung keine Rolle spielen. Erfasst werden z.B. auch Eltern, die ihr Kind – aus welchen Gründen auch immer – «bitten», an der Darstellung oder Darbietung mitzuwirken. Anders als beim Anwerben ist es für die Vollendung der Variante des Veranlassens aber erforderlich, «dass es effektiv zur Mitwirkung des Minderjährigen an der pornografischen Darstellung kommt».²¹

In subjektiver Hinsicht ist Vorsatz erforderlich.²² Bei der praktischen Anwendung der Norm ist schliesslich noch zu beachten, dass, wie bereits erwähnt, die über Abs. 3 erfassten Fallgestaltungen Verhaltensweisen im Vorfeld der Art. 187 ff. StGB erfassen. Kommt es zu sexuellen Handlungen, erscheint es angemessen, den Vorfeldtatbestand des Art. 197 Abs. 3 StGB zurücktreten zu lassen. Gleiches dürfte auch für das Verhältnis von Art. 197 Abs. 3 StGB zu Art. 196 StGB gelten.²³ Erfüllt der Täter den Tatbestand des Menschenhandels (Art. 182 StGB), verdrängt dieser nach h.M. die Art. 187 ff. StGB²⁴ – und dies sollte dann auch für Art. 197 Abs. 3 StGB gelten.

¹¹ BSK StGB-ISENRING/KESSLER (FN 1), Art. 197 N 53.

¹² Botschaft (FN 2), 7623.

¹³ DONATSCH (FN 2), 577; NORA SCHEIDEGGER, Ist das noch Kinderpornografie?, Kritische Gedanken zur Auslegung des revidierten Pornografietatbestandes, ZStrR 2014, 318 ff., 325 ff.

¹⁴ BSK StGB-ISENRING/KESSLER (FN 1), Art. 197 N 53; SCHEIDEGGER (FN 13), 328 ff.

¹⁵ BSK StGB-ISENRING/KESSLER (FN 1), Art. 197 N 55.

¹⁶ ALOIS FEUSI, «Wer hier arbeitet, traut eher jedem alles zu»: Eine Spezialabteilung der Zürcher Polizei spürt Pädokriminelle auf. Ein Berufsporträt, NZZ vom 16.10.2019, 1, 9.

¹⁷ BSK StGB-ISENRING/KESSLER (FN 1), Art. 197 N 55.

¹⁸ TRECHSEL/BERTOSSA, PK-StGB (FN 3), Art. 197 N 9b; BSK StGB-ISENRING/KESSLER (FN 1), Art. 197 N 58.

¹⁹ TRECHSEL/BERTOSSA, PK-StGB (FN 3), Art. 197 N 9b; BSK StGB-ISENRING/KESSLER (FN 1), Art. 197 N 58.

²⁰ BSK StGB-ISENRING/KESSLER (FN 1), Art. 197 N 58; DONATSCH (FN 2), 577.

²¹ BSK StGB-ISENRING/KESSLER (FN 1), Art. 197 N 59.

²² BSK StGB-ISENRING/KESSLER (FN 1), Art. 197 N 78a.

²³ A.A. BSK StGB-ISENRING/KESSLER (FN 1), Art. 197 N 74a: Art. 196 werde konsumiert.

²⁴ BSK StGB-DELNON/RÜDY (FN 1), Art. 182 N 45 ff.; STRATEN-WERTH/JENNY/BOMMER (FN 10), § 5 N 29; a.A. TRECHSEL/MONA, PK-StGB (FN 3), Art. 182 N 9.

IV. Die Neuregelung des Umgangs mit Kinderpornografie (Art. 197 Abs. 4 und 5 StGB)

A. Kinderpornografie

Bei der weichen Pornografie handelt es sich nach der Botschaft 1985 um Darstellungen und Darbietungen, die «sexuelles Verhalten aus seinen menschlichen Bezügen heraustrennen und dadurch vergrößern und aufdringlich wirken lassen».²⁵ Nach der Rechtsprechung des BGer liegt (weiche) Pornografie vor, wenn drei Elemente erfüllt sind: die dargestellte Person muss (1) als ein reines Sexualobjekt erscheinen, die Darstellung muss (2) sich auf den Genitalbereich konzentrieren und sie muss (3) der sexuellen Aufreizung dienen.²⁶

Bei Kinderpornografie gelten aber besondere Massstäbe. Nach Art. 20 Abs. 2 der Lanzarote-Konvention umfasst Kinderpornografie jede Darstellung eines Kindes «bei wirklichen oder simulierten eindeutig sexuellen Handlungen» sowie «jede Abbildung der Geschlechtsteile eines Kindes zu vorwiegend sexuellen Zwecken». Kinderpornografie liegt natürlich auch dann vor, wenn der

Täter der Aufnahme eines Kindes durch die Kameraführung und/oder den gewählten Bildausschnitt einen klaren Sexualbezug verleiht.²⁷ Es ist aber nicht zwingend erforderlich, dass der Genitalbereich besonders betont wird.²⁸ Das BGer hat – schon zur alten Fassung des Art. 197 StGB – Nacktfotos von Kindern als kinderpornografisch eingestuft, wenn der Täter das Kind «in einer nach den Umständen objektiv aufreizenden Stellung posieren lässt».²⁹

Die Gefahr, dass sich z.B. auch Eltern strafbar machen könnten, wenn sie ihre leicht bekleideten oder nackten Kinder im Urlaub am Strand, in der Badeanstalt oder auch beim Spielen im eigenen Garten oder in der Badewanne fotografieren, soll dadurch gebannt werden, dass Aufnahmen nach der Rechtsprechung des BGer dann nicht als kinderpornografisch gelten, wenn den Bildern «in keiner Weise entnommen werden kann, dass der Täter bei der Herstellung auf die Kinder eingewirkt hat»,³⁰ und nichts dargestellt wird, was für sich gesehen unter Art. 187 StGB zu subsumieren wäre.³¹ Die Problematik besteht nun darin, dass man Kriterien braucht, anhand derer man entscheiden kann, ob es sich bei der Aufnahme um eine solche handelt, bei der auf die Kinder – bzw. heute: auf die minderjährige Person – eingewirkt wurde oder eben nicht, z.B. bei Schnappschüssen, die in der Badeanstalt oder am Strand erstellt werden.

²⁵ Botschaft vom 26. Juni 1985 über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Strafbare Handlungen gegen Leib und Leben, gegen die Sittlichkeit und gegen die Familie), BBl 1985 II 1009 ff., 1089.

²⁶ Vgl. BGE 128 IV 260 E. 2.1, in: Pra 2003, Nr. 59; BGE 131 IV 64 E. 10.1.1; 133 IV 31 E. 6.1.1; BGer, 6B_997/2018, 25.2.2019, E. 2.1.1; DONATSCH (FN 2), 571 f.; CR CP-CAMBI FAVRE-BULLE, Art. 197 N 7, in: Alain Macaluso/Laurent Moreillon/Nicolas Queloz (Hrsg.), Commentaire romand, Code pénal II, Art. 111–392 CP, Basel 2017 (zit. CR CP-Verfasser); CASSANI (FN 3), 429 f.; DUPUIS et al. (FN 4), Art. 197 N 15 ff.; BSK StGB-ISENRING/KESSLER (FN 1), Art. 197 N 14 ff.; CHRISTIAN SCHWARZENEGGER, Weiche Pornografie im Internet und in der Mobiltelefonie (Art. 197 Ziff. 1 StGB) – Prävention, Jugendschutz durch altersbegrenzten Zugang (*adult verification systems*) und die Verantwortlichkeit der Provider, in: Christian Schwarzenegger/Rolf Nägeli (Hrsg.), 4. Zürcher Präventionsforum – Illegale und schädliche Inhalte im Internet und in den neuen Medien – Prävention und Jugendschutz, Zürich 2012, 33 ff., 57 ff.; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER (FN 10), § 10 N 5; TRECHSEL/BERTOSSA, PK-StGB (FN 3), Art. 197 N 4; HANS WIPRÄCHTIGER, Das geltende Sexualstrafrecht – eine kritische Standortbestimmung (Aktuelle Praxis des Bundesgerichts zum Sexualstrafrecht 1999–2006), ZStrR 2007, 280 ff., 310; sich für erstes und letztes Element als objektive Merkmale aussprechend JÖRG REHBERG, Das revidierte Sexualstrafrecht, AJP 1993, 16 ff., 27; a.A. PETER HANGARTNER, Selbstbestimmung im Sexualbereich, Art. 188 bis 193 StGB, St. Gallen 1998, 72 f.; STEFAN TRECHSEL, Fragen zum neuen Sexualstrafrecht, ZBJV 1993, 575 ff., 577 f. m.w.H.; WEISSENBERGER (FN 7), 160 m.w.H.; PIETH (FN 2), 94; URSULA CASSANI, La responsabilité pénale du consommateur de pornographie enfantine, Medialex 1998, 27 ff., 28 f.; BUNDI (FN 2), N 4 ff.

²⁷ Vgl. BGer, 6B_180/2015, 16.2.2018, E. 3.3.2; BSK StGB-ISENRING/KESSLER (FN 1), Art. 197 N 14a e contrario und 22d m.w.H.; TRECHSEL/BERTOSSA, PK-StGB (FN 3), Art. 197 N 5 e contrario; PHILIPPE WEISSENBERGER, Wann sind Fotos nackter Kinder pornografisch? – Entscheid 6S.558/2001 vom 20. Dezember 2001 (BE), ZBJV 2002, 356 f., 357; siehe STEFANIA SUTER-ZÜRCHER, Die Strafbarkeit der sexuellen Handlungen mit Kindern nach Art. 187 StGB, Zürich 2003, 84 f. m.H. auf BGE 128 IV 25 für den Bildausschnitt und die Vergrößerung.

²⁸ BGE 131 IV 64 E. 11.2; 133 IV 31 E. 6.1.2; BGer, 6B_180/2015, 18.2.2016, E. 3.1.2 und 3.3.1; WEISSENBERGER (FN 27), 357; a.A. FREY/OMLIN (FN 7), AJP 2003, 1379; CR CP-CAMBI FAVRE-BULLE (FN 26), Art. 197 N 30; SUTER-ZÜRCHER (FN 27), 84 f.; DUPUIS et al. (FN 4), Art. 197 N 30.

²⁹ BGE 133 IV 31 E. 6.1.2; 131 IV 64 E. 11.2; BGer, 6B_180/2015, 18.2.2016, E. 3.1.2.

³⁰ BGE 131 IV 64 E. 11.2; 133 IV 31 E. 6.1.2; BGer, 6B_180/2015, 18.2.2016, E. 3.1.2; AppGer BS, SB.2016.88, E. 3.2.2.2, in: fp 2020, 2 mit Anm. WOLFGANG WOHLERS.

³¹ BGE 131 IV 64 E. 11.2; 133 IV 31 E. 6.1.2; BGer, 6B_180/2015, 18.2.2016, E. 3.1.2; BSK StGB-ISENRING/KESSLER (FN 1), Art. 197 N 22d; vgl. auch WEISSENBERGER (FN 27), 356 f.; DUPUIS et al. (FN 4), Art. 197 N 30.

B. Das Verbot jeglichen Umgangs mit kinderpornografischem Material

Wie bereits erwähnt, statuiert das geltende Recht ein umfassendes Verbot des Umgangs mit kinderpornografischem Material.³² Absatz 4 erfasst zunächst einmal umfassend alle Verhaltensweisen auf der Anbieterseite. Erfasst wird, wer kinderpornografisches Material «herstellt, einführt, lagert, in Verkehr bringt, anpreist, ausstellt, anbietet, zeigt, überlässt [und] zugänglich macht».³³ Damit stellt z.B. schon das Überreichen eines Katalogs mit zum Erwerb angebotenen kinderpornografischen Videokassetten ein vollendetes Delikt dar.³⁴

Über die Tathandlungsvarianten «erwirbt, sich über elektronische Mittel oder sonst wie beschafft oder besitzt»³⁵ werden zusätzlich auch Verhaltensweisen erfasst, die theoretisch sowohl von einem reinen Konsumenten als auch vom Anbieter verwirklicht werden können. Beim reinen Konsumenten, der also nur seinen Konsum vorbereitet, kommt Abs. 4 allerdings nicht zur Anwendung, weil hier der privilegierende Tatbestand des Abs. 5 vorgeht.³⁶ Für den Anbieter pornografischen Materials haben die Erwerbsvarianten nur in den Fällen Bedeutung, in denen es nicht zu einer Abgabe gekommen ist bzw. diese nicht zu beweisen ist. Es handelt sich also der Sache nach um einen Auffangtatbestand.

Zu einem umfassenden Verbot jeglichen Umgangs mit kinderpornografischem Material wird die Pornografiestrafnorm in ihrer geltenden Fassung über den Absatz 5, der den Konsum und die Vorbereitung des eigenen Konsums unter Strafe stellt. Erfasst wird nach neuem Recht auch der besitzlose Konsum – also z.B. das Betrachten kinderpornografischen Materials über das Internet³⁷ oder das Betrachten kinderpornografischer Filme durch Kino-

besucher.³⁸ Die in der Literatur³⁹ viel kritisierte Rechtsprechung des Bundesgerichts, die bestimmte Formen des Konsums mit mehr oder weniger überzeugenden Begründungen über die Tathandlungsvarianten des Herstellens oder des Besitzens erfasst hat,⁴⁰ ist durch die Neufassung der Norm obsolet geworden.⁴¹

In der praktischen Anwendung wird die umfassende Pönalisierung jeglichen Umgangs mit harter Pornografie den Fokus der Auseinandersetzungen vom objektiven auf den subjektiven Tatbestand verlagern. Die Pornografie-Strafnorm verlangt auch in ihrer neuen Fassung, dass der Täter vorsätzlich handelt, wobei Eventualdolus ausreichend ist⁴² und im Hinblick auf die Wissenskomponenten des Vorsatzes keine exakten juristischen Kenntnisse erforderlich sind; es reicht aus, dass der Täter den (kinder-)pornografischen Gehalt der Darstellung laienhaft nachvollzogen hat (Parallelwertung in der Laiensphäre).⁴³ Wenn und soweit dem Täter nachgewiesen werden kann, dass er Umgang mit hartpornografischem Material hatte, wird ein Freispruch zukünftig nur noch für die Fälle in Betracht kommen, in denen die Einlassung des Täters, er habe die auf seinem Computer oder Handy vorgefundene harte Pornografie nicht konsumiert und sei sich auch gar nicht bewusst gewesen, dass er über diese verfügt habe, nicht widerlegt werden kann. Bei derartigen Fällen, mit denen die Strafbehörden auch unter dem alten Recht bereits konfrontiert waren, wird es auch zukünftig darum gehen, wann bzw. unter welchen Voraussetzungen man den Einwand des fehlenden Vorsatzes als relevant ansehen kann und wann nicht. Insoweit kommt es nach der auch bereits zum alten Recht geübten Praxis vor allem darauf an, wo, d.h. auf welchen Websites, der Täter

³² Botschaft (FN 2), 7615 f.

³³ Vgl. hierzu BSK StGB-ISENRING/KESSLER (FN 1), Art. 197 N 51 ff.

³⁴ Vgl. Tribunal de Police Val-de-Travers/NE vom 2.9.1997, in: SJZ 1999, 556 f.

³⁵ Vgl. BSK StGB-ISENRING/KESSLER (FN 1), Art. 197 N 52j ff.

³⁶ BSK StGB-ISENRING/KESSLER (FN 1), Art. 197 N 49; TRECHSEL/BERTOSSA, PK-StGB (FN 3), Art. 197 N 16; DONATSCH (FN 2), 583; CR CP-CAMBI FAVRE-BULLE (FN 26), Art. 197 N 68; PIETH (FN 2), 94 f.

³⁷ Botschaft (FN 2), 7616 und 7618, sowie BGer, 6B_1260/2017, 23.5.2018, E. 2.1; SCHEIDEGGER (FN 13), 340; TRECHSEL/BERTOSSA, PK-StGB (FN 3), Art. 197 N 16; DUPUIS et al. (FN 4), Art. 197 N 37.

³⁸ Botschaft (FN 2), 7618 und 7624. Nach altem Recht war der besitzlose Konsum straflos, siehe dazu MARCEL ALEXANDER NIGGLI/NADINE HAGENSTEIN, Vernehmlassung zur Genehmigung und Umsetzung des Übereinkommens des Europarates zum Schutz von Kindern vor sexueller Ausbeutung und sexuellem Missbrauch (Lanzarote-Konvention), Freiburg 2011, 12 m.w.H.; TRECHSEL/BERTOSSA, PK-StGB (FN 3), Art. 197 N 16.

³⁹ Vgl. BSK StGB-ISENRING/KESSLER (FN 1), Art. 197 N 51 m.w.H.

⁴⁰ Vgl. BGE 131 IV 16 E. 1.4 f.; 137 IV 208 E. 2.2 ff.; BGer, 6B_289/2009, 16.9.2009, E. 1.2; 6B_557/2015, 28.1.2016, E. 2.1; bzgl. Cache-Speicher: BGer, 6B_744/2010, 12.5.2011, E. 2 ff.

⁴¹ Botschaft (FN 2), 7618.

⁴² BGer, 6B_893/2015, 14.6.2015, E. 2.3.1; BGE 100 IV 233 E. 4; 99 IV 249 E. 2; 99 IV 57 E. 1; zur alten Fassung siehe PHILIPPE WEISSENBERGER, Strafwürdiger Besitz von Kinderpornographie?, Zu den geplanten Gesetzesrevisionen im Bereich der harten Pornographie, AJP 1998, 311 ff., 320; TRECHSEL/BERTOSSA, PK-StGB (FN 3), Art. 197 N 20.

⁴³ BGer, 6B_229/2019, 27.5.2019, E. 3.2; BSK StGB-ISENRING/KESSLER (FN 1), Art. 197 N 76.

nach entsprechendem Material gesucht hat,⁴⁴ mit welchen Stichwörtern er gesucht hat⁴⁵ und wo er diese Daten abgespeichert hat. Relevant ist bei alledem natürlich auch das Vorwissen des Beschuldigten über den Inhalt der von ihm aufgesuchten Websites sowie sein computer- und internettechnischer Kenntnisstand.⁴⁶

C. Die Differenzierung zwischen «tatsächlichen» und «nicht tatsächlichen» Handlungen mit Minderjährigen

Wie eingangs bereits erwähnt, hat der Gesetzgeber mit der Neufassung eine für den Strafraum relevante ausdrückliche Differenzierung zwischen einfach-harter Kinderpornografie und qualifiziert-harter Kinderpornografie eingeführt.

1. Die für die Zuordnung problematischen Fallgestaltungen

Die einfach-harte Kinderpornografie erfasst pornografische Darstellungen, die «nicht tatsächliche Handlungen mit Minderjährigen» zum Inhalt haben. Unter diese Variante fallen klarerweise virtuelle Kinderpornografie, z.B. kinderpornografische Comics, Animationsfilme oder auch Computerspiele,⁴⁷ sowie Schriften, die kinderpornografische Szenen beschreiben. Dies gilt jedenfalls dann, wenn es sich um Darstellungen und/oder Beschreibungen von Szenen handelt, die sich der Autor ausgedacht hat.

Die Stufe der qualifiziert-harten Kinderpornografie umfasst Darstellungen, die «tatsächliche sexuelle Handlungen mit Minderjährigen» zum Inhalt haben. Das Bundesgericht sieht hier «sexuelle Handlungen unter Einbe-

zug von realen minderjährigen Personen» als erfasst an.⁴⁸ Klare Beispiele sind Aufnahmen, mit denen der Täter einen sexuellen Missbrauch, der tatsächlich stattgefunden hat, dokumentiert, oder auch Pornofilme, bei denen minderjährige Darsteller mitwirken.

Neben diesen relativ klaren Fällen gibt es aber doch einige Zweifelsfälle, bei denen sich die richtige Zuordnung nicht von allein versteht. Dies sind die folgenden Fälle:

1. Die Fälle, in denen Geschehnisse dargestellt und/oder beschrieben werden, die sich tatsächlich zugetragen haben, z.B. die Darstellung eines tatsächlichen Missbrauchs in einem Comic oder Animationsfilm. Nicht zweifelsfrei ist des Weiteren auch die Zuordnung der erzählerischen Darstellung eines tatsächlichen Missbrauchs.
2. Die Fälle der «Scheinkinderpornografie», bei denen Darsteller auftreten, die tatsächlich volljährig sind, die aber auf den Betrachter kindlich wirken bzw. wirken sollen.⁴⁹
3. Die Fälle von «Scheinerwachsenen», bei denen Minderjährige auftreten, die aber – mehr oder weniger überzeugend – vorgeben, erwachsen zu sein, bzw. die Erwachsene darstellen.
4. Die Fälle, bei denen das Alter der Darsteller fraglich und nicht ermittelbar ist.⁵⁰

2. Die Auslegung der Begriffe der Darstellung tatsächlicher und nicht tatsächlicher sexueller Handlungen mit Minderjährigen

Im Zusammenhang mit der Frage, wie die soeben genannten Zweifelsfälle «richtig» zuzuordnen sind, ist zunächst noch einmal in Erinnerung zu rufen, dass es nicht darum geht, ob der Umgang mit derartigem Material strafbar ist oder nicht. Es geht vielmehr darum, ob der Umgang mit diesem Material mit einem Strafmaximum von drei Jahren oder aber von fünf Jahren bedroht sein soll.

Bei schulmäßigem Vorgehen muss man zunächst einmal festhalten, dass uns die grammatikalische Auslegung nicht weiterhilft.⁵¹ Es ist nämlich vom Wortlaut der

⁴⁴ BGer, 6B_1260/2017, 23.5.2018, E. 2.1.

⁴⁵ Vgl. BGer, 6B_557/2015, 28.1.2016, E. 3; 6B_80/2015, 18.2.2016, E. 3.3.3; 6B_1260/2017, 23.5.2018, E. 2.4; 6B_997/2018, 25.2.2019, E. 1.2.2.

⁴⁶ Vgl. BGE 137 IV 208 E. 4.2.2; BGer, 6B_289/2009, 16.9.2009, E. 1.4.5; 6S.254/2006, 23.11.2006, E. 3.3; 6B_738/2018, 27.3.2019, E. 2.4 f., vgl. insbesondere BGer, 6B_893/2015, 14.6.2016, E. 2.4: Täter, der trotz des Wissens darum, dass Pornopakete aus dem Internet hartpornografisches Material enthalten können, wahllos und unbesehen derartige Pornopakete heruntergeladen hatte. Vgl. auch AppGer BS, SB.2016.88, E. 3.2.2.3, in: fp 2020, 2 mit Anm. WOLFGANG WOHLERS.

⁴⁷ BGer, 1B_189/2018, 2.5.2018, E. 3.2; BSK StGB-ISENRING/KESSLER (FN 1), Art. 197 N 22d; TRECHSEL/BERTOSSA, PK-StGB (FN 3), Art. 197 N 10b; DUPUIS et al. (FN 4), Art. 197 N 29 und 35a; Botschaft (FN 6), 2983; CR CP-CAMBI FAVRE-BULLE (FN 26), Art. 197 N 11; Botschaft (FN 2), 7621 bezüglich Parallelwelten wie «Second Life».

⁴⁸ BGer, 1B_189/2018, 2.5.2018, E. 3.2; 6B_997/2018, 25.2.2019, E. 2.1.4.

⁴⁹ Offengelassen von BGer, 6B_180/2016, 18.2.2016, E. 3.3.3; zum Ganzen: PATRICK VOGLER, Strafbarkeit des Konsums von «teen porn» im Internet, AJP 2019, 432 ff.; offengelassen auch von BSK StGB-ISENRING/KESSLER (FN 1), Art. 197 N 23 m.w.H., welche die theoretische Natur dieser Frage betonen; die Botschaft vom 18. Juni 2010 über die Genehmigung und die Umsetzung des Übereinkommens des Europarates über die Cyberkriminalität, BBl 2010 4697 ff., 4711 f., sieht solche Fälle als nicht strafbar an; CR CP-CAMBI FAVRE-BULLE (FN 26), Art. 197 N 55, die eine strenge Auslegung für übertrieben ansieht; krit. NIGGLI/HAGENSTEIN (FN 38), 8 f.; zum alten Recht siehe STEFAN TRECHSEL, Fragen zum neuen Sexualstrafrecht, ZBJV 1993, 575 ff., 581; a.A. STRATENWERTH/JENNY/BOMMER (FN 10), § 10 N 7.

⁵⁰ Zu den genannten Zweifelsfällen auch: SCHEIDEGGER (FN 13), 333 ff.

⁵¹ So auch VOGLER (FN 49), AJP 2019, 433.

Strafnorm her nicht ausgeschlossen, dass Darstellungen «tatsächlicher sexueller Handlungen mit Minderjährigen» auch solche Darstellungen sein können, in denen z.B. der Fall eines Kindesmissbrauchs, der sich tatsächlich zugetragen hat, erzählerisch dargestellt oder bildlich nachgestellt wird. Tatsächlich wird man es nicht einmal für unmöglich erachten können, die Darstellung eines realen Kindesmissbrauchs in einem Comic oder in einem Animationsfilm als eine Darstellung «tatsächlicher sexueller Handlungen mit Minderjährigen» einzustufen. Gleiches gilt für Darstellungen, bei denen Erwachsene Kinder darstellen (Scheinkinderpornografie) oder Kinder als Erwachsene auftreten (Scheinerwachsene). Dass der Wortlaut eine solche Auslegung zulässt, sagt aber nicht mehr aus, als dass diese Auslegung nicht gegen das Analogieverbot des Art. 1 StGB verstossen würde. Entscheidend ist, ob man eine derartige Auslegung unter Beachtung der anderen Auslegungsmethoden als sachgerecht einzustufen hat oder nicht.

Diesbezüglich ist zunächst einmal festzuhalten, dass die Materialien eher für ein enges Verständnis in Anspruch genommen werden können. In der Botschaft wird ausgeführt: «Die erhöhten Strafraumen sollen sich nur auf tatsächliche Darstellungen von Kinderpornografie, nicht aber beispielsweise auf Gemälde oder Comics beziehen.»⁵² Einen Absatz später lesen wir: «Der erhöhte Strafraumen für die reale Kinderpornografie ist angebracht, weil deren Herstellung in aller Regel mit schweren Delikten gegen die Darstellerinnen und Darsteller sowie mit sexueller Ausbeutung, Gewalt und erniedrigender bzw. menschenunwürdiger Behandlung verbunden ist.»⁵³ Aus alledem wird man also wohl den Schluss ziehen müssen, dass der Gesetzgeber den erhöhten Strafraumen für die Fallgestaltungen reservieren wollte, bei denen tatsächlich Minderjährige unmittelbar involviert sind. Auf dieser Linie liegen auch die Entscheide, in denen das Bundesgericht den Anwendungsbereich der Darstellungen tatsächlicher sexueller Handlungen mit Minderjährigen dahingehend umschrieben hat, dass es um die Fälle gehe, die «sexuelle Handlungen unter Einbezug von realen minderjährigen Personen» betreffen.⁵⁴

Im Rahmen der systematisch-teleologischen Auslegung stellt sich die Frage, ob es vom Sinn und Zweck der Norm her gesehen sachgerecht ist, den Anwendungsbereich der qualifiziert-harten Pornografie auf die Fälle

zu beschränken, in denen reale sexuelle Handlungen mit Minderjährigen dokumentiert werden, oder ob es angemessen ist, auch die oben erwähnten Zweifelsfälle unter die qualifizierte Strafdrohung zu fassen. Wenn man dies will, dann muss man eine Argumentation finden, die den Sprung im Strafraumen – auf der Anbieterseite von drei Jahren auf fünf Jahre (vgl. Abs. 4) und auf der Konsumentenseite von einem auf drei Jahre (vgl. Abs. 5) – zu begründen vermag.

Am Anfang hat hier die Frage zu stehen, ob und, wenn ja, wie man die Strafwürdigkeit virtueller Kinderpornografie begründen kann.⁵⁵ Man kann sich hierzu auf den Standpunkt stellen, dass unsere Gesellschaft so etwas schlicht und einfach nicht dulden will. Dann würde die Pornografiestrafnorm ein Verhaltensdelikt im Sinne der von Stratenwerth begründeten Lehre darstellen⁵⁶ und man wäre letztlich wieder beim Schutz blosser Wertvorstellungen um ihrer selbst willen angelangt.⁵⁷ Der Schutz von Moralvorstellungen um ihrer selbst willen war noch ein Anliegen der Vorgängernorm der heutigen Pornografiestrafnorm, die als ein reines Sittlichkeitsdelikt «unzüchtige Veröffentlichungen» als solche unter Strafe stellte,⁵⁸ aber mit der heute herrschenden Vorstellung nicht mehr zu vereinbaren ist, nach der Strafnormen nur dann und nur insoweit legitim sein sollen, wenn bzw. als diese dem

⁵⁵ Zur Strafbarkeit der virtuellen Pornografie siehe SCHEIDEGGER (FN 13), 336.

⁵⁶ GÜNTER STRATENWERTH, Zur Legitimation von «Verhaltensdelikten», in: Andrew von Hirsch/Kurt Seelmann/Wolfgang Wohlers (Hrsg.), *Mediating Principles*, Baden-Baden 2006, 157 ff.; GÜNTER STRATENWERTH, Kriminalisierung bei Delikten gegen Kollektivrechtsgüter, in: Roland Hefendehl/Andrew von Hirsch/Wolfgang Wohlers (Hrsg.), *Die Rechtsgutstheorie*, Baden-Baden 2003, 255 ff.

⁵⁷ Zur Kritik an der Lehre von den Verhaltensdelikten vgl. WOLFGANG WOHLERS, Verhaltensdelikte: Standard-, Ausnahme- oder Unfall der Strafrechtsdogmatik?, in: Martin Böse/Detlev Sternberg-Lieben (Hrsg.), *Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts*, Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag, Berlin 2009, 129 ff.

⁵⁸ BSK StGB-ISENRING/KESSLER (FN 1), Art. 197 N 5; TRECHSEL/BERTOSSA, PK-StGB (FN 3), Art. 197 N 2; DONATSCH (FN 2), 569 f.; PIETH (FN 2), 93 f.; BUNDI (FN 2), N 105 ff.; ROBERT HAUSER/JÖRG REHBERG, *Strafrecht IV, Delikte gegen die Allgemeinheit*, 1. A., Zürich 1989, 62 ff.; STEFAN TRECHSEL, *Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, Kurzkommentar*, Zürich 1989, Art. 204 N 1 ff.; zum Begriff der unzüchtigen Veröffentlichungen siehe RUDOLF GERBER, *Unzüchtige Veröffentlichungen* (Art. 204 StGB) und Gefährdung Jugendlicher durch unsittliche Schriften und Bilder (Art. 212 StGB), Zürich 1967, 2 ff.; ROBERT HAUSER/JÖRG REHBERG (Hrsg.), *StGB, Schweizerisches Strafgesetzbuch*, Zürich 1986, Art. 204; GÜNTER STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafgesetzbuch, Besonderer Teil II: Straftaten gegen Gemeininteressen*, 3. A., Bern 1984, 66 ff.

⁵² Botschaft (FN 2), 7620.

⁵³ Botschaft (FN 2), 7620.

⁵⁴ BGer, 6B_997/2018, 25.2.2019, E. 2.1.1; 1B_189/2018, 2.5.2018, E. 3.2.

Schutz von Rechtsgütern dienen.⁵⁹ Zwar ist trotz umfangreicher Bemühungen um eine Konkretisierung des Rechtsgutsbegriffs immer noch unklar, was man sich genau unter einem strafschutzwürdigen Rechtsgut vorzustellen hat. Es besteht aber weitgehende Einigkeit dahingehend, dass der Schutz von Moral- oder Wertvorstellungen um ihrer selbst willen mit dem Konzept des Strafrechts als Instrument des Rechtsgüterschutzes nicht zu vereinbaren ist.⁶⁰ Tatsächlich wird gerade die Reform des Sexualstrafrechts, mit der das alte, auf die Bekämpfung unsittlichen Verhaltens ausgerichtete Sittlichkeitsstrafrecht entrümpelt⁶¹ und durch Straftatbestände ersetzt wurde, mit denen vorrangig die sexuelle Selbstbestimmung sowie die ungestörte Entwicklung Jugendlicher gewährleistet werden sollen, als eine Konsequenz des Rechtsgutsdenkens eingestuft.⁶² Abgesehen davon, dass durchaus zweifelhaft ist, ob hier nicht Ursache und Wirkung verwechselt werden,⁶³ muss man aber doch konstatieren, dass die Entrümpelung des Sexualstrafrechts nicht restlos erfolgt ist. Tatsächlich

ist gerade auch die moderne Pornografie-Strafnorm nicht vollkommen frei vom Verdacht, ein Moralschutzdelikt zu sein.⁶⁴ Das klarste Beispiel war insoweit die Variante der Exkrementenpornografie, bei der man wohl nicht bestreiten kann, dass es hier darum ging, bestimmte als unsittlich bzw. unmoralisch eingestufte Verhaltensweisen um ihrer selbst willen zu bestrafen.⁶⁵ Auch wenn die Exkrementenpornografie als spezifische Variante der harten Pornografie gestrichen worden ist,⁶⁶ ist doch auch im geltenden Recht die Tierpornografie erhalten geblieben, die ebenfalls nicht frei vom Verdacht ist, ein Moralschutzdelikt zu bilden.⁶⁷

Auch die Kinderpornografie wird von einzelnen Autoren als ein Moralschutzdelikt angesprochen.⁶⁸ Wenn man die Strafbewehrung des Umgangs mit Kinderpornografie als eine moderne, dem Rechtsgüterschutz verpflichtete Strafnorm begründen will, dann bleiben nur zwei Möglichkeiten: Man kann zum einen darauf verweisen, dass es um den Schutz (erwachsener) Konsumenten geht, die vor

⁵⁹ WEISSENBERGER (FN 7), 166; ANDREW VON HIRSCH, Der Rechtsgutsbegriff und das «Harm Principle», in: Roland Hefendehl/Andrew von Hirsch/Wolfgang Wohlers (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?, Baden-Baden 2003, 13 ff.; TATJANA HÖRNLE, Grob anstössiges Verhalten, Frankfurt 2005, 11 ff.; DIES., Der Schutz von Gefühlen im StGB, in: Roland Hefendehl/Andrew von Hirsch/Wolfgang Wohlers (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?, Baden-Baden 2003, 269 ff.; STEFAN TRECHSEL/PETER NOLL/MARK PIETH, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit, 7. A., Zürich 2017, 23 f.; KURT SEELMANN/CHRISTOPHER GETH, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. A., Bern 2016, N 3 ff.; GÜNTER STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 4. A., Bern 2011, § 3 N 6 ff.; LUDWIG A. MINELLI, Die Schweiz – im Jahr 232 nach Casanova, plädoyer 1992, 11 ff.; ROLAND HEFENDEHL, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, Köln/Berlin/Bonn/München 2002, 5 ff.

⁶⁰ KNUT AMELUNG, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, Frankfurt 1972, 318 ff.

⁶¹ Gestrichen wurde z.B. mit der neusten Revision im Jahre 2014 die Darstellung von sexuellen Handlungen mit menschlichen Ausscheidungen als harte Pornografie, die heute unter den Begriff der weichen Pornografie zu subsumieren ist (siehe dazu Botschaft [FN 2], 7619), sowie im Jahre 1942 die Strafbarkeit von homosexuellen Handlungen unter Erwachsenen (zu beachten ist, dass das Schutzalter dabei 20 Jahre lautete und es zur Anpassung an das Schutzalter von 16 Jahren, wie es bei den heterosexuellen Handlungen vorgesehen war, erst im Jahre 1990 kam; siehe Botschaft [FN 25], 1087); vgl. dazu IRIS ALEXANDRA J. WEIDMANN/MARC GRAF, Diagnose und Therapie pädophiler Störungen durch virtuelle Realität?, recht 2019, 197 ff., 202.

⁶² Vgl. die Nachweise bei WOLFGANG WOHLERS, Günther Jakobs und die Rechtsgutslehre, in: Urs Kindhäuser et al. (Hrsg.), Strafrecht und Gesellschaft, Tübingen 2019, 307 ff., 313, Fn 44.

⁶³ WOHLERS (FN 62), 313 m.w.H. in Fn 45.

⁶⁴ Vgl. MARCEL ALEXANDER NIGGLI/NADINE HAGENSTEIN, Virtualität, Realität, Sexualität und Konsum, in: Franco Lorandi/Daniel Staehelin (Hrsg.), Innovatives Recht, Festschrift für Ivo Schwander, Zürich/St. Gallen 2011, 1109 ff., 1123, die aufgrund des im Bericht Harmonisierung erwähnten zu schützenden Rechtsguts «ungestörte sexuelle Entwicklung von Kindern» von einem abstrakten Gefährdungsdelikt ausgehen, womit keine individuellen Rechtsgüter, sondern die Moralvorstellung geschützt werde; für die ältere Fassung des Gesetzestexts siehe CASSANI (FN 3), 447.

⁶⁵ DUPUIS et al. (FN 4), Art. 197 N 32; vgl. auch die Botschaft (FN 2), 7619: Durch die Streichung sollen nur noch «gesellschaftsschädigende Erscheinungen» strafbar sein und nicht Darstellungen, die der Moral widersprechen.

⁶⁶ Botschaft (FN 2), 7619; BSK StGB-ISENRING/KESSLER (FN 1), Art. 197 N 25; TRECHSEL/BERTOSSA, PK-StGB (FN 3), Art. 197 N 14a.

⁶⁷ Der Verweis auf die Würde des Tieres, die hier geschützt werden soll (vgl. Art. 26 Abs. 1 lit. a TSchG und hierzu WOLFGANG WOHLERS, Tierschutz durch Strafrecht? – zur Legitimation tierschutzstrafrechtlicher Normen, RW 2016, 416 ff., 424 f.), ändert im Ergebnis nichts, da es sich hierbei um nichts anderes handelt als ein Etikett für eine Wertanschauung, die um ihrer selbst willen geschützt werden soll; vgl. aber auch SCHEIDEGGER (FN 13), 331; BUNDI (FN 2), N 247; sowie WEISSENBERGER (FN 7), 165 ff.; DERS. (FN 42), AJP 1998, 313: das geschützte Rechtsgut sei allein die Menschenwürde; anders wieder HÖRNLE, Grob anstössiges Verhalten (FN 59), 431 ff.: Es gehe um den Schutz eines Tabus.

⁶⁸ TATJANA HÖRNLE, in: Wolfgang Joecks/Klaus Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, München 2017, § 184b N 5; ausführlich und im Ergebnis kritisch dazu SUZANNE OST, Criminalising fabricated images of child pornography: a matter of harm or morality?, Legal Studies 2010, 230 ff., und KRISTOFF M. RITLEWSKI, Virtuelle Kinderpornographie in Second Life, Kommunikation und Recht 2008, 94 ff., 96 f.; vgl. auch HÖRNLE, Grob anstössiges Verhalten (FN 59), 421 f.: die Kinderpornografiestrafnorm sei ein Delikt, mit dem auf einen Tabubruch reagiert werde.

einer Verrohung und/oder vor dem Verlust ethischer Orientierung und der daraus resultierenden Korruption bewahrt werden sollen.⁶⁹ Dann steht man aber vor dem Problem, dass die entsprechenden Wirkzusammenhänge durchaus umstritten sind.⁷⁰

Zum anderen kann man – alternativ oder kumulativ zum erstgenannten Argumentationsstrang – auf den Gesichtspunkt des mittelbaren Jugendschutzes verweisen, d.h. darauf, dass realem Missbrauch vorgebeugt und/oder dem Entstehen eines Marktes entgegengewirkt werden soll,⁷¹ womit die Strafnorm zu einem spezifischen Jugendschutzdelikt wird, mit dem bestimmte Verhaltensweisen im Vorfeld realer Missbräuche erfasst werden⁷² und dessen Legitimität sich aus dem Gesichtspunkt des Kumulationsdelikts ergibt.⁷³ Auch dieser zweite Argumentationsstrang ist aber dem Einwand ausgesetzt, dass

derartige Effekte des Konsums virtueller Kinderpornografie nicht zweifelsfrei nachgewiesen sind und auch von seriösen Quellen in Zweifel gezogen werden.⁷⁴ Nach hier vertretener Auffassung wird man aber davon ausgehen müssen, dass der Gesetzgeber auch in einer derartigen Situation des «non liquet» berechtigt ist, strafbewehrte Verhaltensverbote zu statuieren.⁷⁵

Als Nächstes stellt sich dann die Frage, wie man die im erhöhten Strafmaximum zum Ausdruck kommende höhere Strafwürdigkeit des Umgangs mit Material begründen kann, das «tatsächliche sexuelle Handlungen mit Minderjährigen» zum Gegenstand hat. Hier wird man auf den auch bereits in der Botschaft anklingenden Gesichtspunkt abstellen müssen, dass bei der Darstellung realer sexueller Handlungen Minderjährige involviert sind und hierdurch beeinträchtigt werden.⁷⁶ Dem Einwand, dass dies so sein kann, nicht aber in jedem Einzelfall so sein muss, kann man mit dem Hinweis darauf begegnen, dass der Gesetzgeber bei der Schaffung von (Straf-)Normen notwendigerweise abstrahieren muss. Dass einzelne Fälle denkbar sind, in denen die Annahmen des Gesetzgebers nicht zutreffen, würde erst dann einen relevanten Einwand begründen, wenn es sich hierbei um mehr als einzelne Ausreisser handelt, was wiederum soweit ersichtlich nicht empirisch validiert oder falsifiziert werden kann.

Tatsächlich wird man aber wohl gar nicht so hoch greifen müssen, wie es die Botschaft tut, wenn sie darauf verweist, dass die Herstellung kinderpornografischen Materials mit sexueller Ausbeutung und/oder menschenwürdiger Behandlung einhergeht.⁷⁷ Selbst wenn es nicht

⁶⁹ BGE 124 IV 106 E. 3c/aa; 128 IV 25 E. 3a; 131 IV 16 E. 1.2; 131 IV 64 E. 11.2; 133 IV 31 E. 6.1.2; BGer, 6B_180/2015, 18.2.2016, E. 3.1.2 und 3.3.1; vgl. WEISSENBERGER (FN 7), 161; DERS. (FN 42), AJP 1998, 312 f.; MICHA NYDEGGER, «Sexting» bei Jugendlichen – eine strafrechtliche Analyse, recht 2015, 40 ff., 47; SCHEIDEGGER (FN 13), 326 f.; DONATSCH (FN 2), 570; DUPUIS et al. (FN 4), Art. 197 N 4; gemäss WEIDMANN/GRAF (FN 61), 200, soll harte Pornografie einen wissenschaftlich nicht ausschliessbaren kriminogenen und ethisch desintegrierenden Einfluss auf die erwachsenen Personen haben.

⁷⁰ Empirisch sei nicht ausreichend bewiesen, dass (tatsächliche oder virtuelle) Kinderpornografie zu einer Verrohung der Gesellschaft führe und nur durch das Strafrecht als letztes mögliches Mittel bekämpft werden könne. Siehe dazu und zur Wirkung virtueller Kinderpornografie WEIDMANN/GRAF (FN 61), 197, 201; SCHEIDEGGER (FN 13), 326 f., 330 ff., 342; BUNDI (FN 2), N 59 ff., 243 f.; CASSANI (FN 26), 30; DIES. (FN 3), 447; HÖRNLE, Grob anstössiges Verhalten (FN 59), 428 ff.; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER (FN 10), § 10 N 2; PIETH (FN 2), 94; NYDEGGER (FN 69), 47.

⁷¹ BGE 128 IV 25 E. 3a; 131 IV 16 E. 6.1.2; 131 IV 64 E. 11.2; BGer, 6B_180/2015, 18.2.2016, E. 3.1.2; BGer, 1B_189/2018, 2.5.2018, E. 3.3; AppGer BS, SB.2016.88, E. 3.2.2.2, in: fp 2020, 2 mit Anm. WOLFGANG WOHLERS; vgl. auch HÖRNLE, Grob anstössiges Verhalten (FN 59), 423 f.; weitergehend WEISSENBERGER (FN 42), AJP 1998, 312 f., 317 ff.; zu den zu schützenden Rechtsgütern äussern sich auch BUNDI (FN 2), N 130 ff.; DUPUIS et al. (FN 4), Art. 197 N 4; TRECHSEL/BERTOSSA, PK-StGB (FN 3), Art. 197 N 2, welche als von Abs. 4 geschützte Rechtsgüter primär die sexuelle Integrität, dann den Jugendschutz und die ungestörte sexuelle Entwicklung von Kindern und Jugendlichen aufzählen, wobei auch der Schutz von Erwachsenen gemeint sei; CASSANI (FN 3), 437; nach WEIDMANN/GRAF (FN 61), 200, würde eine Legalisierung von tatsächlicher, aber auch virtueller Kinderpornografie unter anderem dazu führen, dass die Handlungen nachgeahmt werden würden; vgl. auch NIGGLI/HAGENSTEIN (FN 64), 1123.

⁷² Vgl. HÖRNLE, Grob anstössiges Verhalten (FN 59), 425 f. sowie 417 f. (bezogen auf die Gewaltpornografie).

⁷³ HÖRNLE, Grob anstössiges Verhalten (FN 59), 424; allgemein zum Kumulationsdelikt WOLFGANG WOHLERS, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik «moderner» Gefährdungsdelikte, Berlin 2000, 318 ff.

⁷⁴ CASSANI (FN 26), 30; HÖRNLE, Grob anstössiges Verhalten (FN 59), 428 sowie – zur Medienwirkungsforschung – 410 ff.; BUNDI (FN 2), 59 ff.; SCHEIDEGGER (FN 13), 325 ff.; BSK StGB-ISENRRING/KESSLER (FN 1), Art. 197 N 9; vgl. WEISSENBERGER (FN 7), 163; NIGGLI/HAGENSTEIN (FN 64), 1121, kritisieren die Argumente der Präambel des «Übereinkommens des Europarats zum Schutz von Kindern vor sexueller Ausbeutung und sexuellem Missbrauch», die von Begriffen wie Wohlergehen, Wohl der Kinder, das Recht jedes Kindes auf Schutzmassnahmen, die sein Status als minderjährige Person erfordert, und der Schutz vor der nachhaltigen Störung der gesundheitlichen und psychosozialen Entwicklung spricht. Diese Begründung könne sich nur auf die tatsächlichen sexuellen Darstellungen mit Kindern beziehen.

⁷⁵ A.A. MINELLI (FN 59), 11 ff.; vgl. auch HÖRNLE, Grob anstössiges Verhalten (FN 59), 428 f., die verlangt, dass die entsprechenden Effekte zumindest plausibel belegt sein müssen, was sie für den vorliegenden Problemzusammenhang aber bejaht.

⁷⁶ Vgl. Botschaft (FN 2), 7620; vgl. BGer, 6B_997/2018, 25.2.2019, E. 2.1.1; 1B_189/2018, 2.5.2018, E. 3.2.

⁷⁷ Hierauf abstellend: BGE 131 IV 16 E. 1.2; 131 IV 64 E. 11.2; BGer, 1B_189/2018, 2.5.2018, E. 3.3; AppGer BS, SB.2016.88, 8.11.2018, E. 3.2.2.1 f., in: fp 2020, 2 mit Anm. WOLFGANG WOHLERS; vgl. auch Botschaft (FN 2), 7620; zur Tangierung der

zu derartigen Konsequenzen kommt, bleibt es doch dabei, dass bei Darstellungen tatsächlicher sexueller Handlungen mit Minderjährigen sexuelle Verhaltensweisen dauerhaft dokumentiert werden und diese Darstellungen dann zeitlich unbegrenzt zur Verbreitung zur Verfügung stehen. Dies hat für die betroffenen Minderjährigen gewichtige Konsequenzen:⁷⁸ Der Minderjährige wird damit leben müssen, dass die dauerhafte Verbreitung der Darstellungen zu möglicherweise gravierenden Beeinträchtigungen führen kann, z.B. bei der Jobsuche und/oder bei der Pflege sozialer Beziehungen; darüber hinaus dürfte bereits das blosses Wissen um die Möglichkeit der unkontrollierbaren Verbreitung die Betroffenen mindestens psychisch belasten. Diese Belastungen werden durch die Art. 187 ff. StGB nicht erfasst: Zum einen können die erwähnten Belastungen auch dann auftreten, wenn im konkreten Fall die Art. 187 ff. StGB nicht anwendbar sind; und wenn die Art. 187 ff. StGB anwendbar sind, erfassen diese doch etwas ganz anderes, nämlich die Belastung, die mit der konkreten Situation der Erstellung der pornografischen Darstellung verbunden ist.⁷⁹

3. Die Zuordnung der Zweifelsfälle

Wenn man diese Linie der Argumentation akzeptiert, ergibt sich für die erwähnten Zweifelsfälle Folgendes:

1. Die schriftliche und/oder bildliche Darstellung von Geschehnissen, die tatsächlich stattgefunden haben, kann die betroffenen Minderjährigen jedenfalls dann in gleicher oder doch zumindest in vergleichbarer Weise tangieren, wenn sie als Individuen erkennbar sind. Hieraus folgt, dass man auch eine mit den Mitteln des Comics oder des Animationsfilms erstellte Darstellung entgegen der aus meiner Sicht zu pauschalen Ausführung in der Botschaft dann als eine Darstellung «tatsächlicher sexueller Handlungen mit Minderjährigen» einstufen muss, wenn real existierende konkrete Minderjährige individualisierbar dargestellt werden. Gleiches gilt für die schriftliche Beschreibung von Fällen eines Kindesmissbrauchs, der real stattgefunden hat. Die Strafflosigkeit kann in diesen Fällen allenfalls über die Kunstklause des Abs. 9 hergestellt werden, die auch für kinderpornografische Darstellungen gilt, die dann nicht strafbar sind, «wenn sie einen schutzwürdigen kulturellen oder wissenschaftlichen Wert haben».⁸⁰

Menschenwürde vgl. auch HÖRNLE, Grob anstössiges Verhalten (FN 59), 422 ff.

⁷⁸ Vgl. auch HÖRNLE, Grob anstössiges Verhalten (FN 59), 426.

⁷⁹ Vgl. WEISSENBERGER (FN 7), 163 f.; NYDEGGER (FN 69), 41, 48.

⁸⁰ BSK StGB-ISENRRING/KESSLER (FN 1), Art. 197 N 23, N 69; vgl. auch BGE 131 IV 64, 68 f.; DANIEL KOLLER, Cybersex, Die strafrechtliche Beurteilung von weicher und harter Pornographie im Internet unter Berücksichtigung der Gewaltdarstellungen, Diss., Bern 2007, 315 ff.; mit Beispielen CASSANI (FN 3), 431; vgl. auch TRECHSEL/BERTOSSA, PK-StGB (FN 3), Art. 197 N 19; für die Problematik der Therapie von pädophilen Störungen durch nicht tatsächliche Darstellungen von Kinderpornografie und deren allen-

2. Die Fälle der «Scheinkinderpornografie» sind nach hier vertretener Auffassung keine Fälle qualifiziert-harter Pornografie, weil hier keine kindlichen Darsteller betroffen sind.⁸¹ Tatsächlich ist zu differenzieren: Ist die Volljährigkeit der Darsteller für den Betrachter nicht klar erkennbar, verwirklicht der Täter, der in Kauf nimmt, dass es sich um minderjährige Darsteller handeln könnte, ein versuchtes Delikt nach Art. 197 Abs. 4 Satz 1 oder Abs. 5 Satz 1 StGB.⁸² Ist die Volljährigkeit der Darsteller dagegen für den Betrachter klar erkennbar, handelt es sich gar nicht um Kinderpornografie. Eine Strafbarkeit kann sich in diesen Fällen nur unter den Voraussetzungen der Abs. 1 und 2 des Art. 197 StGB ergeben.
3. Anders liegt es wiederum bei den Fällen der «Scheinerwachsenen». Hier sind die kindlichen Darsteller nicht weniger betroffen als in den Fällen, in denen sie nicht als «(Schein-)Erwachsene», sondern als «Kinder» posieren bzw. in sexuelle Handlungen involviert sind. Diese Fälle sind damit als qualifiziert-harte Kinderpornografie einzustufen.
4. Bei den Fällen, bei denen das Alter der Darsteller nicht bekannt ist und sich nicht ermitteln lässt, ergibt sich die Lösung gar nicht aus dem materiellen Recht, sondern aus dem Prozessrecht: Wenn nicht auszuschliessen ist, dass es sich bei Darstellern um Minderjährige handelt, ist unter Anwendung des Grundsatzes «in dubio pro reo» zugunsten der beschuldigten Person davon auszugehen, dass es sich nicht um Minderjährige, sondern um Erwachsene handelt.⁸³ Bedingt durch die Hochsetzung des insoweit relevanten Schutzes von 16 auf 18 Jahre dürfte sich die Zone der Zweifelsfälle nicht verkleinern, sondern nur verschieben. Die tatsächliche Einstufung der Zweifelsfälle dürfte tatsächlich sogar schwieriger und damit die Relevanz des Zweifelsatzes grösser werden.

V. Fazit

Mit der Neufassung der Pornografie-Strafnorm hat der Gesetzgeber ein umfassendes, auch den besitzlosen Konsum einbeziehendes Verbot des Umgangs mit harter Pornografie statuiert. Die Rechtsprechung, mit der das Bundesgericht bestimmte Formen des Konsums über die Tathandlungsvarianten des Herstellens oder des Besitzens erfasst hat, ist durch die Neufassung der Norm obsolet geworden. Eine Strafflosstellung wird sich zukünftig allenfalls noch über den subjektiven Tatbestand ergeben,

falls mögliche Einordnung unter Art. 197 Abs. 9 StGB siehe WEIDMANN/GRAF (FN 61), 207 ff.

⁸¹ Gleicher Meinung auch VOGLER (FN 49), AJP 2019, 435.

⁸² So auch: SCHEIDEGGER (FN 13), 334; VOGLER (FN 49), AJP 2019, 433 ff., ist der Meinung, dass es sich bei Darstellungen von sexuellen Handlungen mit Erwachsenen, die aber kindlich wirken, um virtuellen Kindesmissbrauch handelt. Es muss eine Gesamtwürdigung des pornografischen Materials anhand eines Kriterienkatalogs erfolgen. Nach umfassender Würdigung muss ein Darsteller als volljährig qualifiziert werden, wenn «mehr also nur die entfernte Möglichkeit besteht, dass der Darsteller volljährig ist»; a.A. Botschaft (FN 49), 4711 f.

⁸³ VOGLER (FN 49), AJP 2019, 436; SCHEIDEGGER (FN 13), 334; NIGGLI/HAGENSTEIN (FN 64), 1128.

wobei insoweit die bereits zum alten Recht ergangene Rechtsprechung zum Nachweis des Vorsatzes weiterhin relevant bleibt.

Bezogen auf die für den Strafraum und damit für das Strafmaß relevante Unterscheidung von pornografischen Darstellungen, die tatsächliche oder nicht tatsächliche Handlungen mit Minderjährigen zum Gegenstand haben, lassen sich Zweifelsfälle über den Rückgriff darauf zuordnen, ob bei der in Frage stehenden Darstellung reale Personen in ihren Interessen betroffen sind oder nicht. Eine die Einstufung als Darstellung tatsächlicher Handlungen mit Minderjährigen legitimierende Betroffenheit liegt allerdings nicht nur dann vor, wenn reale Minderjährige im Zusammenhang mit der Herstellung der Darstellungen sexuell ausgebeutet und/oder in menschenwürdevidriger Art und Weise behandelt werden. Eine relevante Betrof-

fenheit liegt bereits dann vor, wenn es sich um Darstellungen handelt, deren Existenz und (potentielle) Verbreitung reale Minderjährige in ihrem sozialen Leben beeinträchtigt und/oder psychisch belastet.